

A TIPIFICAÇÃO DO ESTUPRO COMO GENOCÍDIO

Daniela De Vito,
Aisha Gill e Damien Short

1. Introdução

O modo como o estupro¹ foi definido e tratado por várias instituições e entidades de direitos humanos e de direito humanitário internacional apresenta inconsistências e, em tempos recentes, conclusões inovadoras. No que diz respeito à inconsistência, quando é mencionado explicitamente no contexto do direito humanitário internacional, o estupro tende a ser associado à “honra” de uma mulher e não concebido como um crime de violência.² Em consequência, enfatiza-se a proteção das mulheres e não a proibição do estupro. Essa ênfase na honra e na proteção obscurece a violência e a criminalidade do estupro no direito internacional.³ Enquanto não houver uma única norma cogente que defina estupro dentro dos instrumentos de direitos humanos regionais e da ONU, não será possível indicar uma definição abrangente de estupro que possa ser utilizada no contexto do direito humanitário internacional. Porém, em 1998, a Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) incluiu em seu julgamento do caso “Procurador contra Jean-Paul Akayesu” uma tentativa de definir estupro no contexto do direito internacional.⁴ Altamente inovadora, considerando que era a primeira vez que um tribunal penal internacional formulava uma definição de estupro, essa definição foi usada como ponto de partida para reflexões subsequentes do Tribunal Penal Internacional sobre como o estupro pode ser classificado. Em contraste com o modo como ele vinha sendo compreendido, especialmente dentro dos parâmetros do direito humanitário internacional, há uma série de crimes internacionais, como a tortura. Os crimes internacionais foram definidos e tratados como crimes de violência e, por sua vez, sua proibição pelo direito internacional é considerada de suma importância.⁵ Ademais, apesar do estupro ser incluído na tipificação de certos

Ver as notas deste texto a partir da página 49.

crimes internacionais, tais como tortura, genocídio, violação de túmulos, definidos pelas Convenções de Genebra (1949), ou crimes contra a humanidade, ele não se sustenta como crime internacional listado nos tratados internacionais.⁶ O estupro é proibido pelo direito internacional, mas não é designado especificamente como um crime internacional.

Desse modo, este artigo identifica e analisa algumas das implicações teóricas do estupro ser tipificado como crime de genocídio internacional e sustenta que essa análise é essencial para criar um marco mais claro para tratar desta questão. O estupro classificado como genocídio é uma ocorrência recente no direito internacional (EBOE-OSUJI, 2007; SHARLACH, 2000). O genocídio é definido como uma violação cometida contra grupos específicos. É de se supor que o estupro definido como uma violação da autonomia sexual de um indivíduo seja compatível com sua subsunção na categoria de uma violação *grupal*, como o genocídio?⁷ Ao tratar dessa questão, levaremos em conta o conceito atual de direitos humanos, com seu foco no indivíduo, e também o fato de que esse conceito deixa espaço, embora limitado e, às vezes, controverso, para reconhecimento do grupo. A principal conclusão a que se chega neste artigo é que, se for possível estabelecer uma concepção abrangente de genocídio – capaz de englobar tanto a esfera individual, quanto coletiva – o estupro (quando tipificado como genocídio) pode ser compreendido como violação cometida tanto contra o indivíduo, quanto contra o grupo. Entretanto, estas duas esferas – individual e coletiva – nunca poderão ocupar o mesmo patamar, uma vez que a proteção de grupos humanos constitui a própria fundamentação da criminalização do genocídio. Quando o estupro é incluído no genocídio, que é concebido, situado e tratado como um crime contra grupos enumerados, sua dinâmica muda. Ele não é mais simplesmente uma violação de um indivíduo: passa a fazer parte de uma noção desenvolvida para proteger o grupo. Portanto, há lugar tanto para a vítima individual do genocídio como para a vítima individual do estupro como genocídio. Porém, como acontece com o conceito atual de direitos humanos, esse espaço é desigual e nem sempre confortável. Mesmo com a jurisprudência inovadora como a do TPIR⁸ e a doutrina sobre a interação entre o indivíduo e o grupo no contexto dos direitos humanos, faz-se necessário avaliar essa relação complexa entre estupro, que afeta o indivíduo, e estupro como genocídio, que é situado dentro da dinâmica de grupo.

2. Teoria Feminista do Estupro

A teoria feminista do estupro desenvolveu-se a partir da posição feminista radical que o considera um ato motivado pela necessidade de dominar os outros e tem pouco ou nada a ver com o desejo sexual. A teoria de que “todo estupro é um exercício de poder” ainda é aceita hoje por muitas estudiosas feministas radicais (BROWNMILLER, 1975, p. 256). Em seu livro *Against our will: men, women and rape*, Brownmiller sustenta que o estupro é um mecanismo de controle historicamente difundido, mas amplamente ignorado, mantido por instituições patriarcais e relações sociais que reforçam a dominação masculina e a subjugação

feminina. Brownmiller examina também a história e as várias funções do estupro na guerra e argumenta que os atos de dominação e subjugação refletem e reproduzem arranjos patriarcais, sociais e de gênero mais amplos. Sua obra seminal forneceu um marco para os estudos socioculturais, sociopsicológicos e psicanalíticos do estupro. Por exemplo, as feministas socioculturais analisaram as conexões entre processos de socialização e formas de violência contra a mulher e concluíram que o estupro é um subproduto da cultura patriarcal e da socialização que predispõem os homens à violência, ao mesmo tempo que os estimulam a ver as mulheres como objetos sexuais (SORENSEN e WHITE, 1992).

O trabalho das feministas radicais deu origem infelizmente ao que Mardorossian (2002, pp. 743-786) chama de “abordagem teórica reversa”, cujas proponentes são as assim chamadas feministas “conservadoras”, que minimizam a severidade do estupro e endossam os argumentos do imperativo biológico. Ao mesmo tempo, Giles e Hyndman (2004, p. 15) criticaram a posição feminista radical que define estupro como um ato executado individualmente, o que negligencia o estupro coletivo e ignora os objetivos sociopolíticos de todas as formas de violência sexual contra as mulheres, inclusive o estupro na guerra. Os pesquisadores só recentemente levaram em conta o papel do poder no que diz respeito ao fenômeno do estupro na guerra e sustentaram que ele: 1) afirma as construções das mulheres como propriedade dos homens; 2) emascula os inimigos masculinos conquistados; 3) é uma forma de laço masculino misógino que fortalece a solidariedade necessária para a batalha; 4) é um componente da socialização militar que preconditiona os soldados a desumanizar o inimigo; 5) é uma arma de guerra estratégica usada para realizar limpeza étnica e genocídio (para esse ponto, ver GREEN, 2004; THOMAS, 2007; COPELON, 1995).

Embora essa abordagem estratégica seja popular entre cientistas sociais, ativistas dos direitos humanos e organizações internacionais que trabalham contra a violência contra mulheres, os argumentos de Brownmiller – e mais recentemente, de Copelon (1995) – continuam a ser importantes na compreensão feminista do estupro na guerra.

3. O Estupro e o Direito Internacional

As pesquisas sobre a história e a teoria do estupro durante os conflitos armados estabeleceram que, apesar da sua presença ao longo dos séculos, as proibições legais efetivas só surgiram recentemente e que os processos judiciais contra o estupro nessas circunstâncias ainda são raros. O conceito de “estupro como crime de guerra” entrou em cena de forma significativa no início da década de 1990, depois da guerra na Bósnia, quando foram relatadas violações dos direitos humanos, inclusive o uso de campos de concentração sérvios, limpeza étnica e o estupro sistemático de mulheres muçulmanas.⁹ A comunidade internacional reagiu exigindo que o Conselho de Segurança criasse um tribunal *ad hoc* para processar crimes de guerra, com o argumento de que as atrocidades incessantes constituíam uma ameaça à paz internacional. O Conselho adotou a Resolução 808/827 que levou à criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, embora não tenha especificado

a jurisdição ou o estatuto penal do tribunal proposto (MEZNARIC, 1994). Essa tarefa foi deixada para o Secretário-Geral da ONU, que pediu a vários governos e organizações internacionais de direitos humanos para que apresentassem propostas de redação de um estatuto, que levaram ao estatuto autorizador de que o estupro pode ser um crime de guerra. Isso abriu uma chance para que autoridades jurídicas moldassem os argumentos essenciais do Direito Internacional proibindo os tipos de estupro que estavam ocorrendo na Bósnia, o que, por sua vez, deu ao tribunal a justificação moral e legal para processar o estupro como crime de guerra. O tribunal também decidiu que o estupro podia ser constituído em crime contra a humanidade se fosse cometido de maneira disseminada ou sistemática, baseado em motivos políticos, sociais ou religiosos e voltado contra uma população civil. E o que é mais importante, esses desdobramentos situaram firmemente o estupro cometido durante um conflito armado no interior das discussões mais amplas sobre as obrigações morais e éticas de responsabilizar indivíduos e nações pelos crimes que cometem contra a humanidade, tornando sua definição como problema social ainda mais urgente (ASKIN, 1997).

Em 1998, a Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) emitiu um julgamento inovador no caso do Procurador contra Jean-Paul Akayesu.¹⁰ Akayesu era uma autoridade local (*bourgemestre*) quando começou o genocídio contra o grupo tutsi em Ruanda. Ele foi condenado por ser o principal instigador dos massacres em sua área e foi a primeira pessoa na história a ser processada e condenada por um tribunal internacional por ajudar e incitar atos de estupro como método de genocídio. Em sua decisão, a Seção de Julgamento argumentou que as mulheres foram estupradas porque eram membros do grupo étnico tutsi. Uma vez que o tribunal considerou que ocorreu genocídio em Ruanda em 1994, o estupro nesse caso constituía genocídio.

4. Aspectos do Genocídio

O aparecimento formal e a definição de genocídio no Direito Internacional começaram com o trabalho de um indivíduo, o advogado polonês Raphael Lemkin. Seus esforços e sua influência, durante e depois da Segunda Guerra Mundial, contribuíram imensamente para o surgimento da Convenção da ONU para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948).¹¹

Essa Convenção define genocídio da seguinte forma:

Artigo II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- (a) assassinato de membros do grupo;
- (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- (c) sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar sua destruição física total ou parcial;
- (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) transferência à força de crianças do grupo para outro grupo.

Várias áreas do Direito Internacional e até tradições teóricas gerais influenciaram a deliberação e a criação de uma definição do crime de genocídio. Lemkin centrou-se na vida do grupo e, em particular, em grupos nacionais.

De acordo com Lemkin (1947, p. 146), o genocídio poderia ser entendido como “[...] a intenção criminosa de destruir ou prejudicar gravemente um grupo humano. Os atos são direcionados contra grupos, enquanto tais, e os indivíduos são selecionados para destruição somente porque pertencem a esses grupos”. Ele deixa claro que o genocídio envolve tanto grupos quanto indivíduos (porque grupos não podem existir sem membros individuais). Porém, os indivíduos são visados por pertencer a um determinado grupo. As implicações disso para o estupro classificado como genocídio serão examinadas mais adiante.

Em 1946, a recém-criada Assembléia Geral da ONU aprovou uma resolução (96-I) que estabelecia que “o genocídio é uma negação do direito de existência de grupos humanos inteiros, assim como o homicídio é a negação do direito de viver de seres humanos individuais [...]”.

Naquele momento, e no interior da ONU, entrelaçaram-se influências de três áreas do Direito para produzir o conceito de genocídio: Direito Penal Internacional (para a responsabilidade criminal individual), Direito dos Direitos Humanos e Direito Humanitário (SCHABAS, 2000, p. 5). Do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge uma conexão crucial. O direito à vida, definido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966), é um direito humano concedido aos indivíduos. O direito à vida não é um direito absoluto, uma vez que, sob determinadas circunstâncias, como a guerra, ele pode ser suspenso. Além disso, a pena de morte não é tecnicamente proibida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; porém, sua abolição completa é estimulada por organizações de direitos humanos. Em contraste com isso, embora o direito à vida esteja impresso na Convenção sobre Genocídio (1948), é o direito à vida de *grupos* humanos que é, de fato, protegido. Em particular, é o direito desses grupos humanos de existir (o direito à existência) que deveria ser protegido (SCHABAS, 2000, p. 6). Ademais, a proibição do genocídio é crucial, pois não é um crime “dirigido contra o indivíduo, mas contra toda a comunidade internacional”. Porém, o genocídio também foi descrito por William A. Schabas (2000, p. 14) como “um crime violento contra a pessoa”. É essa interação entre duas facetas – violação contra o grupo e violação contra o indivíduo – que torna o genocídio e o estupro como genocídio conceitos tão complexos.

Em termos simples, “grupos consistem de indivíduos” (SCHABAS, 2000, p. 106). O termo “grupo” ou “grupos” é usado em vários instrumentos da ONU. Por exemplo, a DUDH menciona a família como “núcleo natural e fundamental da sociedade” e que a educação “promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos” (GHANDI, 2000, pp. 21-25). No Artigo 30, a Declaração fala de “qualquer Estado, grupo ou pessoa”, o que significa que um grupo consiste de mais de um indivíduo (SCHABAS, 2000, p. 106). Outros instrumentos, como o PIDCP e a Convenção Internacional para a

Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR, 1966), dizem que os “povos” têm o direito à autodeterminação e de “grupos raciais ou étnicos” respectivamente (GHANDI, 2000, pp. 56-64). Na CIERD, o Artigo 14 trata do direito de petição para indivíduos ou grupos de indivíduos que sofreram discriminação racial.

Uma definição mais formal, dentro do marco do Direito Internacional, foi proposta por Lerner (2003, p. 84). Fundamentalmente, o que emerge dessa proposta é que os grupos (que consistem de indivíduos) que são protegidos pelo Direito Internacional possuem um fator unificador permanente, como raça ou etnia. Pode ser mais difícil incluir os grupos religiosos dentro do conceito de “grupo” de Lerner porque é possível argumentar que as crenças religiosas podem mudar. A Convenção sobre Genocídio (1948), incluindo a referência a grupos religiosos, foi formulada com a ideia de centrar-se na “permanência” de grupos, excluindo desse modo outros grupos.¹² Porém, a formulação de Lerner permite alguma flexibilidade de interpretação, uma vez que ele inclui as palavras “fatores permanentes que estão, via de regra, fora do controle de membros”.

Ademais, e de forma crucial para esta discussão, mas especificamente com referência aos direitos das minorias, “o direito se estende a ‘pessoas pertencentes a essas minorias’, e não à minoria enquanto grupo” (BOWRING, 1999, pp. 3-4). De acordo com essa definição, é o indivíduo que é o detentor de direitos, mas somente na medida em que é membro de uma minoria. Para aprofundar, essa compreensão de indivíduos com direitos e como talvez integrantes de um grupo minoritário podem estar relacionadas com o genocídio da seguinte forma. Os grupos definidos na Convenção sobre Genocídio (1948), nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, não constituem necessariamente minorias. Esses grupos podem estar em minoria ou podem constituir a maioria num Estado, ou podem carecer de poder no interior do Estado. Não há dispositivos que tratem especificamente de minorias na Convenção. O genocídio é um crime internacional que cobre ações contra grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. Os indivíduos são as vítimas específicas do genocídio em virtude de pertencerem ao grupo em questão. A pertinência disso para a classificação do estupro dentro do genocídio é clara. Isso pode contradizer a visão da ONU em relação a esse crime. Especificamente, em sua Resolução 1946, foi feita uma distinção entre o direito à vida de grupos humanos e de indivíduos. Por sua vez, o trabalho de Kuper (1981, p. 53) para compreender o que constitui genocídio é característico da literatura mais recente que enfatiza o grupo. Kuper argumenta que o genocídio “é um crime contra uma ‘coletividade’, ele implica um grupo identificável como vítima”. Porém, como sustentaremos adiante, qualquer definição de genocídio deve deixar em aberto a possibilidade de examinar não somente o que acontece ao grupo como um todo, mas também aos indivíduos vítimas de genocídio dentro do grupo. Essa conclusão geral pode ou não parecer seguir o julgamento de Jean-Paul Akayesu pelo TPIR. No caso de Akayesu,¹³ entendeu-se que genocídio envolvia um ato (tirado da lista dos cinco que foram enumerados na Convenção de 1948) cometido “com a intenção específica de destruir, no todo ou em parte, um grupo específico visado como tal”.

5. Estupro e Genocídio: Algumas Implicações Teóricas

O estupro é uma das armas mais destrutivas de um conflito armado. Em parte, isso se deve a sua capacidade de desmoralizar um grupo conquistado. O estupro, ou a ameaça de estupro, pode levar ao deslocamento da população, fazer com que as pessoas fujam de seus países para evitar a violência sexual que a invasão militar pode trazer. O estupro também gera vergonha e trauma, o que pode impedir casamentos, provocar divórcios, dividir famílias, obrigar mulheres a abandonar ou matar crianças que são fruto de violação (LENTIN, 1997) e destruir os próprios alicerces sobre os quais a cultura humana se baseia e se mantém. Tampouco esses crimes se restringem a ofensas sexuais: entre outras formas de violência está o feticídio, se a vítima estiver grávida, que também pode resultar em morte. Askin resume: “enquanto os civis do sexo masculino são mortos, as mulheres são estupradas e depois mortas. No interrogatório sob tortura, os homens são selvagememente espancados. As mulheres são selvagememente espancadas e estupradas” (ASKIN, 1997, p. 13).

O estupro durante a guerra serve também como uma forma de controle social que pode suprimir os esforços para mobilizar a resistência de um grupo conquistado. Em casos assim, ele é cometido muitas vezes diante de parentes e membros da família; as vítimas são violadas, mortas e expostas ao público como lembrete para que os outros se submetam a obedeçam às ordens do invasor. É evidente que as mulheres são visadas na guerra em virtude de seu gênero, porque fazem parte de um determinado grupo étnico ou racial ou porque são percebidas pelo inimigo como conspiradoras políticas ou combatentes. Nesse contexto, está claro que o estupro na guerra funciona como um veículo para ódios arraigados: racismo, preconceito de classe e xenofobia se expressam em relação ao grupo inimigo e são atualizados mediante a violação em massa de suas mulheres.¹⁴ Como Grayzel (1999, p. 245) observa com perspicácia, na guerra, o corpo feminino torna-se o campo de batalha simbólico no qual diferenças culturais e geopolíticas antiquíssimas são exteriorizadas e onde novas formas de ódio são implantadas e alimentam o desejo de vingança no futuro. As consequências psicológicas, sociais, culturais, éticas e médicas do estupro na guerra são devastadoras. Não obstante, sua prática continua sem qualquer forma séria de reparação pelo Direito Humanitário Internacional (ASKIN e KOENIG, 1999).

Foi somente depois das violações devastadoras cometidas na antiga Iugoslávia que se fizeram conexões efetivas entre genocídio, estupro e limpeza étnica. Brownmiller (1975, p. 49) observa, no entanto, que durante a Segunda Guerra Mundial, alemães e japoneses cometeram estupros para obter a “humilhação e destruição total de povos inferiores e o estabelecimento de sua raça superior”. Os nazistas empregaram também formas adicionais de violência sexual e de gênero, como a esterilização médica, o feticídio, o feminicídio, com a intenção de destruir os assim chamados “grupos inferiores” mediante o controle ou a manipulação da capacidade reprodutiva da mulher. Sem dúvida, tendo em vista essa intenção de destruir o poder social de um grupo, o termo derivado “feminicídio” define-se, em última análise, como a *dimensão de gênero do genocídio* (SHAW, 2006, p. 69). Porém, o estupro como crime, ou como violação de direitos humanos, é conceituado

como um ato cometido contra o *indivíduo*.¹⁵ Em contraste, o genocídio, conforme a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948), inclui uma série de atos “cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (GHANDI, 2000, P. 19). Em outras palavras, o genocídio é, em última análise, uma negação do direito à vida de certos *grupos* humanos.

O foco crítico do genocídio, entendido como um crime internacional, é a proteção de grupos humanos inteiros. Chamado com frequência de o mais grave dos crimes internacionais, o genocídio é influenciado pelo “direito de viver” dos indivíduos. Porém, a preocupação é com o “direito à existência” de grupos humanos e não de indivíduos. Essa formulação do genocídio *parece* contrastar com o conceito corrente de direitos humanos com sua ênfase no indivíduo. A Convenção de 1948 lista os seguintes grupos que poderiam ser alvo de genocídio: nacionais, étnicos, raciais e religiosos. Apesar desse mecanismo embutido para a proteção de certos grupos humanos em relação ao genocídio, surge uma interessante interação. Ou seja, o genocídio é definitivamente uma violação contra o grupo como um todo. No entanto, os atos de genocídio são, por sua vez, cometidos contra indivíduos pertencentes a esses grupos. São membros deles que são mortos, feridos, estuprados etc. São essas histórias individuais, junto com o que aconteceu ao grupo como um todo, que são contadas, por exemplo, diante de tribunais penais internacionais. Essa interação entre espaço para grupos e espaço para o indivíduo no genocídio é o que será ressaltado e avaliado nos casos da vida real nos tribunais internacionais. Em contraste, e tal como foi desenvolvido a partir do período iluminista com o advento dos direitos naturais e o estabelecimento no pós-guerra dos direitos humanos, certas características desses tipos de “direitos” continuam a afetar o modo como eles são concebidos e, até certo ponto, implementados. Um traço crucial no modo como o atual conceito de direitos humanos surgiu diz respeito à ênfase posta nos direitos e na importância do indivíduo. O conceito atual de direitos humanos reflete uma relação em andamento e, na realidade, imperfeita: como o Estado trata os indivíduos dentro e, às vezes, fora de suas fronteiras. Um aspecto que influenciou essa ascensão no status do indivíduo foi a teoria política do liberalismo.

O papel crescente do indivíduo e o desenvolvimento dos direitos ligados ao indivíduo, junto com um exame do papel que ele deveria ter dentro do Estado (ou na esfera pública) e até em assuntos privados como na família, foram questões abordadas por uma miríade de pensadores formal ou informalmente associados ao liberalismo. Das obras de Thomas Hobbes e John Locke sobre certos e limitados direitos naturais para o indivíduo aos atuais instrumentos de direitos humanos regionais, nacionais e da ONU, os ecos das influências liberais são evidentes. A DUDH (1948) enfatiza o indivíduo e seus direitos. Os artigos que se referem ao direito de todos à vida, a não ser submetido à escravidão, ao voto etc. são formulados conforme as necessidades e a importância do indivíduo, independentemente – na teoria, é claro – da posição ou do papel do indivíduo no Estado. Porém, tal como acontece na teoria política liberal, o conceito atual de direitos humanos deixa um espaço limitado para “o grupo”. Vários instrumentos internacionais de direitos humanos reconhecem o direito dos povos à autodeterminação. Não são os indivíduos

dentro de um grupo de “povos” que têm esse direito, mas os povos como um todo. Embora os mecanismos desse direito ainda estejam em processo de desenvolvimento pelo Direito Internacional e sua aplicação tenha sido até agora limitada a situações em que os povos viviam em condições de colonialismo, esse direito demonstra alguma acomodação para o grupo dentro do conceito atual de direitos humanos. Além disso, o Artigo 16 da DUDH (1948) diz respeito à família.

Os direitos das minorias, que serão discutidos em seguida, atravessam o cisma entre direitos do grupo como um todo e com muito mais frequência (especialmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos) os direitos dos indivíduos no interior do grupo. Essa tensão, encontrada no liberalismo e no conceito atual de direitos humanos, de determinar se a ênfase deve recair somente no direito dos indivíduos ou se o conceito de direitos humanos também tem espaço para o grupo formará a base para compreender as implicações de quando o estupro é considerado em si mesmo (uma violação contra o indivíduo) e quando é tipificado como genocídio (uma violação contra o grupo). Este artigo propõe que a acomodação é de fato possível, embora limitada e imperfeita, para que o estupro seja considerado tanto um crime contra o indivíduo, quanto contra o grupo.

Uma maneira de abordar a questão colocada na introdução é considerar que em algumas situações é mais benéfico incluir o estupro no crime internacional de genocídio. Com frequência, o genocídio é classificado como a mais hedionda de todas as violações dos direitos humanos.¹⁶ Sua longa história (anterior à década de 1940 e em eventos mais recentes como em Ruanda),¹⁷ seu impacto devastador sobre grupos e sociedades contribuem para essa conclusão. Poder-se-ia argumentar que o resultado de incluir o estupro na categoria de genocídio é elevá-lo acima de outros crimes internacionais e violações de direitos humanos. Essa abordagem talvez seja útil para contrabalançar a posição problemática que o estupro ocupa, no sentido de que não está previsto por boa parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, como observamos acima, é distorcido dentro do Direito Humanitário Internacional. Além disso, algumas mulheres que foram estupradas durante eventos genocidas podem considerar que uma associação entre estupro e genocídio tem maiores consequências do que enfocar somente o estupro como violação da autonomia sexual de uma pessoa. Talvez a necessidade de assegurar um registro dessa associação, por exemplo, de que as mulheres tutsi foram estupradas porque faziam parte do grupo étnico tutsi, seja mais importante do que tratar as violações como atos cometidos apenas contra indivíduos. A mudança da definição de crime sexual para genocídio ajuda a reparar os laços sociais que o estupro, especialmente o estupro público, destrói. Essa definição aproxima de volta os homens e membros da família que são forçados a testemunhar o estupro às mulheres, uma vez que são todos vítimas. Também retira o estigma da honra perdida que está ligado ao estupro em muitas culturas. Por fim, o “estupro genocida” ajuda a remover a vergonha das vítimas e concentra a responsabilidade apenas nos perpetradores. Um motivo pelo qual a vítima individual de estupro e de estupro como genocídio precisa de voz quando se determinar se o estupro deve ou não ser associado ao genocídio, em vez de somente a uma violação contra a autonomia sexual, está relacionado com o dano causado pelo estupro e, especificamente, o estupro cometido *em público*. Para

tomar emprestado um termo usado em um artigo sobre o genocídio em Ruanda de Llezlie L. Green, os estupros que acontecem em público resultam num “dano duplo”.¹⁸ Como diz Christine Chinkin (1994, p. 1-17): “Em outras palavras, o estupro em público não causa dano somente à vítima individual, mas também à família ou à comunidade mais ampla que é testemunha”.

Para a vítima individual de estupro em público, os seguintes danos podem ser *amplificados*: vergonha, exclusão social, dano físico e psicológico.¹⁹ Desse modo, a pessoa que é estuprada em público sofre danos ligados ao(s) estupro(s).²⁰ Elas também são prejudicadas no sentido de que o aspecto público dos estupros pode exacerbar as expectativas colocadas sobre as mulheres nas respectivas sociedades e alterar negativamente o modo como a vítima/sobrevivente individual é percebida. Como explica uma sobrevivente de estupro em Ruanda: “depois do estupro, você não tem mais valor na comunidade”.²¹

Em contraste, alguns criticaram a ênfase na importância de classificar o estupro como crime de genocídio com o argumento de que isso pode diminuir a importância de outros tipos de estupro. Como diz Copelon (1995, p. 67): “ao tratar o estupro genocida de modo diferente, estamos, na verdade, dizendo que todas essas terríveis violações de mulheres podem ir adiante sem sanção comparável”. Claire McGlyn (2008, p. 79) sustenta que o uso de termos como “estupro genocida” afasta o foco das vítimas e enfatiza “a posição ou a motivação do perpetrador”. Embora essa advertência seja importante, dependendo das circunstâncias, é crucial que o estupro seja considerado genocídio em atenção às vítimas e/ou para refletir com mais precisão o contexto de um determinado genocídio. Em outras palavras, reconhecer que um genocídio aconteceu e que o estupro foi usado como um “método” para perpetrá-lo é importante não somente no contexto do Direito Internacional, mas também em termos de apresentar uma compreensão mais completa de determinados eventos. A ligação entre estupro e genocídio nem sempre pode ocorrer, mas pode ser necessária quando relevante.

É essencial examinar a dicotomia entre direitos humanos individuais e a sugestão de direitos de grupo. Se o estupro enquanto genocídio é conceituado como uma violação contra uma pessoa que faz parte de um grupo, e não como uma violação exclusivamente cometida contra o grupo como um todo e sem considerar o indivíduo, então as implicações para formular esse crime dentro do entendimento aceito do conceito atual de direitos humanos precisa ser avaliada. Isso exige uma breve visão geral do conceito atual de direitos humanos, com sua ênfase no indivíduo e seu reconhecimento do “grupo”, e uma introdução ao debate sobre se os direitos humanos são aplicáveis a grupos como um todo, em vez de somente aos membros individuais de um grupo. Assim, na seção seguinte, trataremos dos direitos de minorias e grupos para obter uma compreensão mais clara dos desafios que ainda existem no interior do conceito atual de direitos humanos no que diz respeito ao indivíduo e ao grupo. O objetivo será entender como o indivíduo em si e o indivíduo como parte de um grupo são atualmente conceituados e tratados no contexto do Direito Internacional, e determinar se a compatibilidade entre o indivíduo e o grupo existe em violações diferentemente construídas, como estupro e estupro caracterizado como genocídio.²²

6. O Conceito Atual de Direitos Humanos e a Proposta de Direitos de Grupo

Foi somente depois da ascensão do nazismo e da Segunda Guerra Mundial que surgiu o conceito atual de direitos humanos. Antes disso, nos séculos XVII e XVIII, foi proposta a noção de direitos naturais na Europa ocidental. Pensadores como Thomas Hobbes (MACPHERSON, 1982) e John Locke (LASLETT, 1967) escreveram sobre direitos naturais limitados para os indivíduos, tais como o direito de autopreservação e o direito à vida, à liberdade e à propriedade. A ideia de direitos foi depois invocada por movimentos de abolição da escravidão, de apoio a sindicatos e de defesa dos direitos das minorias. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a então criada Organização das Nações Unidas começou a articular a ideia de direitos humanos. Esse processo pode ser encontrado *inter alia* na Carta da ONU e na DUDH. O conceito atual de direitos humanos trata dos direitos e liberdades do indivíduo. Como diz Donnelly (1996, p. 12), teoricamente, os direitos humanos existem fora do Estado moderno porque não são conferidos aos seres humanos pelo Estado. Os indivíduos, pelo mero fato de que são seres humanos, já existem com certos direitos. Trata-se de um processo separado que consolida esses direitos na lei. Contudo, o indivíduo pode, em graus variados, ter também um lugar, um papel e deveres, e receber benefícios dentro de sua comunidade. Com efeito, o indivíduo tem um papel em estruturas sociais e políticas maiores, como a comunidade ou o Estado. O conceito atual de direitos humanos reconhece o “grupo” em determinadas circunstâncias. O Artigo 16 (1) da DUDH menciona a “família” e no Preâmbulo do PIDCP é dito que os “povos” têm direito à autodeterminação (FREEMAN, 2002, p. 75).

O Direito Internacional²³ e a teoria liberal em geral encontram dificuldades para aceitar que os direitos humanos possam ser aplicados a grupos. A teoria liberal centrou-se tradicionalmente na relação entre o *indivíduo* e o Estado. De Hobbes e Locke a Rawls (1999), os teóricos liberais preocuparam-se em examinar a relação indivíduo-Estado e seus problemas inerentes. É possível dizer que as premissas mais cruciais do pensamento liberal são, em primeiro lugar, que o *indivíduo* é considerado o agente moral mais fundamental e, em segundo, que todos os indivíduos são moralmente *iguais*. Os direitos individuais e o governo da maioria são a base dos Estados-nações democráticos liberais. Contudo, o governo da maioria implica a existência de *minorias subordinadas*, que a teoria democrática liberal considera conjuntos de “indivíduos vencidos pelo voto” (FREEMAN, 1995, p. 25). A *legitimação* de sua situação baseia-se na garantia de seus direitos individuais, que lhes propiciam a oportunidade de se tornar eventualmente membro da maioria. Aparentemente, esse sistema de governo da maioria não conduz obviamente a um problema de minoria. Porém, é possível argumentar que a criação dos Estados-nações modernos foi alcançada em parte com o domínio e a tentativa de assimilação²⁴ de comunidades nativas ou minoritárias que resultou na formação de minorias *permanentes* cujos interesses são *persistentemente* negligenciados ou “desreconhecidos” pela maioria (TAYLOR, 1995, p. 225). O aparato de Estado e a maioria dominante podem ser, com efeito, um permanente bloqueio ao reconhecimento de certos interesses minoritários.

Não obstante, seria errado afirmar que a democracia liberal favoreceu as preocupações individuais em detrimento das questões coletivas, pois ela apenas atribuiu ao indivíduo uma posição normativa distinta dentro da coletividade que é o Estado-nação. A irregularidade explícita na teoria liberal são os coletivos que são persistentemente não-representados, ou, como diz Taylor (1995), “*desreconhecidos*” por seus Estados liberal-democráticos. Quanto a isso, parece haver agora um amplo acordo entre os teóricos liberais de direitos de que o indivíduo provavelmente sofrerá se sua cultura ou grupo étnico for abandonado, menosprezado, discriminado ou desreconhecido pela sociedade mais ampla. Como observa Taylor (1995), o reconhecimento social é fundamental para a identidade e o bem estar de um indivíduo e o desreconhecimento pode causar danos graves a ambos.

A defesa do reconhecimento e da proteção de uma minoria via direitos coletivos ou assim chamados direitos “de grupo” deriva do fracasso da doutrina liberal predominante ao tratar do problema dos indivíduos persistentemente em desvantagem enquanto membros de um *coletivo*. No tratamento das fontes dominantes de discriminação como gênero ou grupo étnico, o individualismo liberal é deficiente. Kymlicka (1997) sustenta que para que sejam eficazes, as políticas contra a discriminação requerem a avaliação de que os indivíduos são frequentemente discriminados pela sociedade mais ampla não somente enquanto indivíduos, mas como membros de um grupo cultural. Além disso, o bem estar de seus membros pode exigir que sua cultura seja protegida até certo ponto da sociedade mais ampla, pois esta pode ser hostil aos valores e práticas tradicionais de suas comunidades.

Porém, Donnelly (1996, pp. 149-150) insiste que, embora possa haver bons argumentos em defesa dos direitos coletivos, eles não devem ser considerados direitos humanos coletivos. A objeção de Donnelly à noção de direitos humanos coletivos está enraizada numa concepção individualista de direitos humanos, que ele sugere que foram desenvolvidos somente para proteger os indivíduos. Para esse ponto de vista, a dimensão coletiva é que existem alguns direitos humanos individuais que podem ser exercidos coletivamente. Essa posição reflete a abordagem dominante no Direito Internacional (CASALS, 2006, p. 44; INGRAM, 2000, p. 242). Por exemplo, o Artigo 27 do PIDCP define o direito dos indivíduos como parte de grupos minoritários: “Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias...”.

Esse artigo, no entanto, não estabelece direitos para o grupo minoritário como um todo (BOWRING, 1999, p. 14). Mesmo numa iniciativa mais recente da ONU, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992), a ênfase recai sobre “pessoas” pertencentes a tais grupos (GHANDI, 2000, pp. 132-34). Em outras palavras, tal como são definidos atualmente, “os direitos das minorias são direitos individuais” (BOWRING, 1999, p. 14). Porém, Bowring (1999, p. 16) sustenta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve avançar em relação a essa interpretação estreita, bem como deveria reconhecer os direitos de grupos e minorias enquanto tais. Com efeito, como sugerem Lyons e Mayall (2003,

p. 6), “a questão é se o regime existente pode se expandir para incluir direitos de grupos, ou se é preciso acrescentar um novo conjunto de obrigações”. Uma maneira é desenvolver os direitos de grupos como um ramo dos direitos humanos. Outra possibilidade é manter os direitos humanos com seu foco no indivíduo como portador de direitos (CASALS, 2006, p. 37), mas criar ao seu lado uma categoria nova de direitos grupais que estejam à parte, mas sejam influenciados pelo atual regime de direitos humanos.²⁵ A chave para o desenvolvimento dessas questões talvez seja o reconhecimento de que há uma justificativa individualista para os direitos grupais. Com efeito, como observam Kymlicka e Taylor, é provável que um indivíduo sofra se sua cultura é persistentemente prejudicada ou desconhecida. A contribuição fundamental que a tese de Kymlicka pode oferecer para a compreensão das implicações do genocídio e do estupro como genocídio é a conexão entre os direitos individuais e grupais, um tema que é insinuado na legislação internacional sobre genocídio. Kymlicka (1997, p. 34) admite que “direitos de grupo diferenciados” podem parecer ir contra os esforços para enfatizar o indivíduo, na medida em que sua teoria está voltada para o grupo. Contudo, ele argumenta que direitos individuais e direitos de grupo diferenciados podem ser compatíveis.²⁶

Ao tratar dos elementos individuais e grupais das questões, Kymlicka (1997, p. 47) observa:

Assim como certos direitos individuais fluem do interesse de cada indivíduo na liberdade pessoal, certos direitos comunitários fluem do interesse de cada comunidade na autopreservação. Esses direitos comunitários devem então ser comparados com os direitos dos indivíduos que compõem a comunidade.

Desse modo, de acordo com Kymlicka (1997), a preservação do grupo que é considerada crucial pode funcionar junto com os direitos e necessidades dos membros individuais da comunidade ou do grupo. Pode haver conflito, por exemplo, se os grupos impuserem restrições aos seus membros, mas Kymlicka (1997, p. 35) diferencia entre proteções *internas* (“reivindicações de um grupo em relação a seus próprios membros”) e *externas* (reivindicações de um grupo em relação à sociedade mais ampla), ambas as quais têm limitações, dentro dos direitos humanos ou ao balancear oportunidades entre grupos. A teoria de Kymlicka sobre direitos das minorias ajuda a esclarecer o crime de genocídio, que tem por objetivo destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Por sua vez, são membros individuais dos grupos que são vítimas da ação danosa. Os dois componentes da concepção de Kymlicka, o grupo e o indivíduo dentro do grupo, podem coexistir nessa formulação. Isso não exclui o conceito atual de direitos humanos com sua ênfase no indivíduo e seus direitos humanos. Essa parte da abordagem de Kymlicka, ao contrário dos temores de Donnelly, não subsume completamente a categoria de direitos grupais nos direitos humanos, negando assim um lugar para o indivíduo. Antes, uma área de acomodação é criada na qual tanto o grupo como o indivíduo dentro do grupo estão protegidos, reconhecidos e podem desempenhar um papel ativo.

7. O Estupro Tipificado como Genocídio

Incorporando certos elementos do trabalho de Kymlicka, podemos unir a noção de estupro como crime contra a pessoa e a noção de genocídio como crime contra o grupo.

No Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia,²⁷ a Seção de Julgamento determinou que estupro podia ser entendido como “uma violação grave da autonomia sexual”. Em seu sumário de várias jurisdições dos direitos civil e consuetudinário em relação às definições de estupro, o Tribunal concluiu que o princípio mais importante que liga esses sistemas “é que as violações graves da autonomia sexual devem ser penalizadas”. Por sua vez, “a autonomia sexual é violada sempre que a pessoa submetida ao ato não concordou livremente com ele ou não é uma participante voluntária” (KUNARAC et. al. 2001, p. 441; MACKINNON, 2006, p. 950). Tal como no caso do crime internacional de tortura, essa conclusão enfatiza que o estupro deve ser conceituado como crime cometido contra o indivíduo. Nessa qualidade, o estupro é um ato perpetrado contra o indivíduo e viola especificamente os componentes sexuais da pessoa.²⁸ Como Mackinnon (2006) observa no contexto das definições de estupro, “Esse crime [estupro] ocorre basicamente no espaço psíquico da pessoa”.

Schulhofer (1998, p 111) apresentou uma definição de autonomia sexual que consiste de três componentes:

Os dois primeiros são mentais – uma capacidade interna de fazer escolhas razoavelmente maduras e racionais, e uma liberdade externa de pressões e restrições não permitidas. A terceira dimensão é igualmente importante. O conceito central da pessoa [...] a integridade corporal do indivíduo.

Embora essa definição de autonomia sexual inclua aspectos mentais e físicos, a menção a fazer escolhas é problemática. Uma ligação semelhante pode ser feita com teorias dos direitos humanos, segundo as quais, para que tenham direitos humanos, os indivíduos devem ter a capacidade de reivindicá-los.²⁹ Em seu exame da autonomia sexual, Schulhofen (1998, p. 104) acrescenta que a determinação de se a violação da autonomia sexual constitui ou não estupro pode ser ligada a fatores culturais ou condições sociais.

Em contraste, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda em seu julgamento crucial (Procurador vs Jean-Paul Akayesu 1998) define estupro sob certas condições como genocídio pela primeira vez no Direito Internacional. De acordo com a Seção de Julgamento, as mulheres estupradas durante o genocídio de 1994 foram escolhidas para a violação porque eram membros do grupo étnico tutsi. Os estupros foram, portanto, considerados genocídio nesse contexto, pois, nas palavras do Tribunal, “a Seção está convencida de que os atos de estupro e violência sexual descritos acima foram cometidos somente contra mulheres tutsi [...] e contribuíram especificamente para a destruição delas e a destruição do grupo tutsi como um todo”.³⁰ O Tribunal acrescentou: “esses estupros resultaram em destruição física e psicológica das mulheres tutsi, de suas famílias e de suas comunidades”.³¹

Uma maneira pela qual os estupros contribuíram para a destruição do grupo tutsi foi que muitas das meninas e mulheres estupradas foram mortas depois, ou

morreram em consequência dos ferimentos (BANKS, 2005, pp. 9-10). Outro ponto crucial no que diz respeito à classificação dos estupros como genocídio relaciona-se com o fato de que as mulheres tutsi foram consideradas “objetos sexuais” e, como observou o Tribunal no caso Akayesu, “a violência sexual foi um passo no processo de destruição do grupo tutsi – destruição do espírito, da vontade de viver e da própria vida” (ASKIN, 1997, p. 1010). Nesse contexto, os estupros das mulheres tutsi poderiam ser colocados “sob a definição legal de genocídio porque representam a intenção do inimigo de destruir” (SHARLACH, 2000, p. 93). Ademais, quando devidamente classificado como genocídio, o estupro pode ser compreendido como um “instrumento particularmente eficaz de genocídio”³² e uma maneira de infligir grave dano corporal ou mental a um grupo.³³

Entre os efeitos posteriores dos estupros que ocorreram no contexto do genocídio em Ruanda estava o fato de sobreviventes se tornarem socialmente párias e excluídas (SHARLACH, 2000, p. 91). Desse modo, surge uma camada adicional de complexidade, ligada às opiniões e sensibilidades culturais. Como observamos na introdução, este artigo identificou e analisou implicações teóricas que emanam de decisões judiciais (Kunarac e Akayesu) que associam o estupro como violação cometida contra uma pessoa e o estupro no contexto de um crime grupal respectivamente. Desse modo, era necessário incorporar os julgamentos de tribunais penais internacionais selecionados, não para afirmar a compatibilidade entre as duas concepções de estupro, mas para entender o que pode ocorrer ao estupro quando é subsumido a um crime internacional já estabelecido. São as implicações teóricas dessas decisões judiciais que influenciaram este artigo, e não as afirmações legais.

Se ambos os casos (Kunarac³⁴ e Akayesu) forem considerados juntos, a ligação inovadora entre estupro e genocídio tal como apresentada no caso Akayesu faz com que o estupro perca seu status de violação da autonomia? Depois de um exame mais atento dos comentários da Seção de Julgamento desse caso, parece que eles abrem a possibilidade de compatibilidade dentro do genocídio entre o individual e o grupal. Sim, é verdade que ela se concentra no fato de que as vítimas individuais foram escolhidas por fazerem parte do grupo étnico tutsi. Porém, O Tribunal também reconhece que ambos – o grupo tutsi e as vítimas individuais de estupro – foram alvo de genocídio. Relembrando suas palavras: “e especificamente contribuindo para a destruição *delas* e para a destruição do *grupo tutsi como um todo*”.

Portanto, nesse caso em particular, o crime de estupro classificado como genocídio é concebido como um ato cometido contra um indivíduo (as mulheres tutsi) e um ato cometido contra o grupo (os tutsi). Desse modo, o estupro caracterizado como genocídio manteve seu estatuto de violação contra a autonomia de um indivíduo, mas também de violação contra o grupo como um todo. Utilizando essa decisão específica da Seção de Julgamento do TPIR como um exemplo, é nosso entendimento que pode existir uma área de acomodação na qual o grupo (os tutsi) e o indivíduo são reconhecidos, com o objetivo esperançoso de proteger ambos no futuro. Porém, embora o julgamento desses casos projete o grupo e o indivíduo como compatíveis no que diz respeito ao genocídio, deve-se enfatizar que o Tribunal insistiu que as mulheres estupradas eram vítimas porque eram tutsi. A conexão com o grupo não é totalmente removida, apesar do fato de o Tribunal ter

também reconhecido espaço para o individual. Essa abordagem pode negar ainda mais a “individualidade”³⁵ das vítimas, uma vez que foram colocadas na categoria de mulheres tutsi e não na categoria geral de “mulheres”. É possível argumentar que a noção de “mulheres” também nega a individualidade das vítimas porque poderia ser considerada outra categoria de grupo. Como dissemos, a acomodação criada para o indivíduo dentro do crime internacional de genocídio centrado no grupo não é perfeita e pode ser desconfortável. O constructo da Convenção sobre Genocídio (1948) que a Seção de Julgamento do TPIR deve seguir explicaria a restrição em concentrar o foco somente no grupo étnico tutsi.

Os estudiosos jurídicos consideram, portanto, o caso Akayesu monumental por quatro motivos: (1) forneceu uma definição clara e progressista de estupro onde nenhuma existia antes nos instrumentos do Direito Internacional; (2) foi o primeiro caso que envolveu um processo de estupro como componente de genocídio; (3) contribuiu para um crescente diálogo sobre violência sexual na guerra e para o discurso sobre seu papel na prevenção de violações futuras de mulheres em zonas de conflito; (4) e o que é mais importante, deslocou certos casos de estupro no sentido da inclusão numa categoria de crimes (genocídio, tortura, crimes de guerra, crimes contra a humanidade) que têm estatuto de *jus cogens* e são processáveis com base na jurisdição internacional. Em suma, os crimes que alcançaram o *status de jus cogens* “não precisam de um nexo de guerra e não requerem ratificação de um tratado” para serem processados (ASKIN, 1997, p. 106).

8. Conclusão

Este artigo determinou que recentes decisões inovadoras de jurisprudência internacional em relação ao estupro têm importantes implicações teóricas para o modo como o estupro é conceituado e tratado pelo Direito Internacional. O artigo centrou-se em um caso desses (Procurador *vs* Jean-Paul Akayesu, 1998), no qual o estupro (entendido convencionalmente como uma violação cometida contra um indivíduo) foi subsumido ao crime internacional já estabelecido de genocídio. Neste artigo, identificamos e tratamos dos problemas em potencial e das inconsistências que surgem quando um ato definido tradicionalmente como uma violação dos direitos individuais é redefinido como crime contra um grupo. Essas implicações são tanto teóricas quanto práticas, na medida em que a definição de estupro como violação sexual de uma mulher, ou como crime de guerra (por exemplo, um instrumento de “limpeza étnica”), ou como genocídio tem efeitos substanciais sobre o modo como o crime é vivido por suas vítimas e como seus perpetradores são punidos. O artigo deixou claro que quando o estupro é incluído no crime grupal de genocídio, sua dinâmica muda, uma vez que ele não funciona mais somente como uma violação cometida contra um indivíduo. Sustentamos que a concepção de estupro como violação da autonomia sexual de uma pessoa (Procurador *vs* Kunarac et al. 2001) e de estupro como um crime de genocídio podem existir dentro dos mesmos parâmetros. Tal como no conceito de direitos humanos, tendo em vista sua origem na teoria política liberal individualista, a relação entre o indivíduo e o grupo é problemática – com frequência desigual e desconfortável – mas em última análise, não é incompatível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASKIN, Kelly Dawn. **War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals**. Haia: Martinus Nijhoff, 1997.
- _____; KOENIG, Doreen. **Women and International Human Rights Law: A Reference Guide**. Londres: Transnational Publishers, 1999.
- ARCHARD, David. The Wrong of Rape. *The Philosophical Quarterly*, v. 57, nº. 228, p. 374-393, 2007.
- BANKS, Angela M. **Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes**. Haia: Women's Initiatives for Gender Justice, 2005.
- BOWRING, Bill; FOTTRELL, Dordre (ed.). **Minority and Group Rights in the New Millenium**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- BROWNMILLER, Susan. **Against Our Will: Men, Women and Rape**. Londres: Penguin, 1975.
- CARD, Claudia. **The Atrocity Paradigm: A Theory of Evil**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- CASALS, Neus Torbisco. **Group Rights as Human Rights**. Reino Unido: Springer, 2006.
- COHEN, Roger. Ethnic Cleansing. In: Gutmand, R.; Rieff, D. (ed.). **Crimes of War: What the Public Should Know**. United Nations Final Report, 1999.
- Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Nova York, 21 de dez. 1965.
- COPELON, Rhonda. Women and War Crimes. *St. John's Law Review*, v. 69, p. 61-68, 1995.
- _____. Surfacing Gender: Reengraving the Crimes against Women in Humanitarian Law. In: Dombrowski, N. (ed.). **Women and War in the Twentieth Century**. Nova York e Londres: Garland Publishing, 1999.
- DONNELLY, Jack. **Human Rights in Theory and Practice**. Londres: Cornell University Press, 1996.
- _____. International Human Rights in the 21st Century. In: Lyons, Gene M. e Mayall, James (ed.). **Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- EBOE-OSUJI, Chile. Rape as Genocide: Some Questions Arising. *Journal of Genocide Research*, v. 9, n. 2, p. 251-273, 2007.
- FABRI, Mary R; PSY, D. **A Clinical Perspective of the Role of Gender in the Torture Experience**. Chicago Torture Conference, 4-7 de março de 1999. Disponível em: <<http://humanities.uchicago.edu/cis/torture/abstracts/maryfabri.html>>. Último acesso: 31 de março de 1999.

- FEIN, Helen. Genocide and gender: the uses of women and group destiny. **Journal of Genocide Research**, v. 1, nº. 1, p. 43-63, 1999.
- FREEMAN, Michael. Are There Collective Human Rights?. **Political Studies**, v. 43, nº. 1, 1995.
- . **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**. Cambridge: Polity, 2002.
- . **Blackstone's International Human Rights Documents**. 2 ed. Londres: Blackstone Press Limited, 2000.
- GILES, Wenona e HYNDMAN, Jennifer. **Sites of Violence: Gender and Conflicts Zones**. Berkeley: University of California Press, 2004.
- GRAYZEL, Susan. **Women's Identities at War: Gender, Motherhood and Politics in Britain and France during First World War**. Chapel Hill: University of Carolina Press, 1999.
- GREEN, Jennifer. Uncovering Collective Rape: A Comparative Study of Political Sexual Violence. **International Journal of Sociology**, v. 34, p. 97-116, 2004.
- GREEN, Llezlie L. Sexual Violence and Genocide Against Tutsi Women. **Columbia Human Rights Law Review**, [s.v.], p. 733-776, Summer 2002. [Seção 2. Effects of Sexual Violence].
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Londres: Penguin Classics, 1982. [Introdução de C. B. Macpherson].
- HUMAN RIGHTS WATCH. **Foca Confronts its Past**. Disponível em: <<http://hrw.org/english/docs/2004/10/15/bosher9514.htm>>. Acessado em: 18 de abril de 2007.
- INGRAM, David. **Group Rights: Reconciling Equality and Difference**. KS: University Press of Kansas, 2000.
- JACKSON-PREECE, Jennifer. International Human Rights in the 21st Century. *In*: Lyons, Gene M.; Mayall, James (ed.). **Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- JONES, Adam. Gendercide and genocide. **Journal of Genocide Research**, v. 2, i. 2, p. 185-211, 2000.
- KUO, Peggy. Prosecuting Crimes of Sexual Violence in an International Tribunal. **JIL**, v. 34, p. 305, 2002.
- KUPER, Leo. **Genocide**. Londres: Penguin Books, 1981.
- KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- LEMKIN, Raphael. **Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress**. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- . Genocide as a Crime Under International Law. **American Journal of International Law**, v. 44, p. 145-151, 1947.

- LENTIN, Ronit (ed.). **Gender and Catastrophe**. Londres: Zed Books, 1997.
- LERNER, Natan. **The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination**. Boston: Kluwer Law International, 2003.
- LOCKE, John. **Two Treatises on Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1967. [editado por Peter Laslett]
- LYONS, Gene M.; MAYALL, James (ed). **International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- MACKINNON, Catherine A. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 44, p. 940-958, 2006.
- MARDORISSIAN, Carine. Toward a New Feminist Theory of Rape. **Signs**, v. 27, i. 3, p. 743-786, 2002.
- MEZNARIC, Silva. Gender as an Ethno-Marker: Rape, War, and Identity Politics in the Former Yugoslavia. In: MOGHADAM, Valentine M. (ed.). **Identity Politics and Women: Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective**. Boulder, CO: Westview Press, 1994.
- MCGLYNN, Clare. Rape as "Torture"? Catherine MacKinnon and Questions of Feminist Strategy. **Feminist Legal Studies**, v. 16, p. 71-85, 2008.
- MUKAMAN, Donatilla e COLLINS, Anthony. Rape Survivors of the Rwandan Genocide. **Critical Psychology**, v. 17, p. 140-164, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. **Fifth Report on State Responsibility**, Mr. G. Arangjio-Ruiz, Special Rapporteur' Yearbook of the International Law Commission II (1). A/CN.4/453 e Add. 1-3.
- . **Carta da Organização das Nações Unidas**. São Francisco, 26 de junho de 1945.
- . **Convenção (I) para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção (II) para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção (III) Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção (IV) Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra**. Genebra, 12 de agosto de 1949.
- . **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 1984.
- . **Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. 1948.
- . Assembleia Geral. **Resolução 96 (I)**. 11 de dezembro de 1946.
- . Conselho de Segurança. **Resolução 808 (1993)**.

_____. _____. **Resolução 827** (1993).

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos** [DUDH]. 10 de dezembro de 1948.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** [PIDCP]. 1966.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Oxford: Oxford University Press, 2ª. ed., 2006.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**, Revised Edition. UK: Belknap Press, 1999.

ROBERTS, Adam e GUELFF, Richard. **Documents on the Laws of War**. Oxford: Oxford University Press, 3ª. ed., 2000.

SCHABAS, William A. **Genocide in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SCHULHOFER, Stephen J. **Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law**. Londres: Harvard University Press, 1998.

SHARLACH, Lisa. Rape as Genocide: Bangladesh, the Former Yugoslavia, and Rwanda. **New Political Science**, v. 22, nº. 1, p. 89-102, 2000.

SHAW, Martin. **What is Genocide?** Cambridge: Polity, 2006.

SORENSEN, Susan; WHITE, Jacquelyn. Adult Sexual Assault: Overview of Research. **Journal of Social Issues**, v. 48, nº. 1, p. 1-8, 1992.

TAYLOR, Charles. **Philosophical Arguments**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

THOMAS, Katie. Sexual Violence: Weapon of War. **Forced Migration Review**, nº. 27, p. 15-17, jan. 2007.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA [TPIR]. **Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu**. Case No. ICTR-96-4-T. 2 de set. 1998.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA [TPII]. **Prosecutor v. Dragoljub Kunarac (et al)**. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Julgamento, 22 de fev. 2001.

NOTAS

1. Uma vez que este artigo se baseia em desdobramentos recentes do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos, os autores reconhecem definições anteriores e uma perspectiva cultural encontrada nas definições nacionais de estupro, mas não tratam delas exaustivamente. Para um tratamento mais detalhado dessas questões, tais como a ênfase no consentimento ou na coerção, favor referir-se a Catherine A. Mackinnon (2006, p. 940-958).
2. Copelon argumentou que quando é mencionado na Convenção de Genebra (1949), o estupro é conceituado como um "ataque contra a honra", em vez de definido como um crime de violência. Ela afirma que isso é problemático, porque marginaliza a gravidade, bem como a natureza violenta do estupro de acordo com o Direito Humanitário Internacional. Ela insiste que o estupro deve ser visto como uma forma de tortura a fim de retirar a ambiguidade que é um legado do sexismo (COPELON, 1999, p. 337).
3. Por exemplo, o Artigo 24 da Convenção de Genebra IV relativa à proteção dos civis em tempo de guerra declara: "As mulheres devem ser especialmente protegidas contra qualquer ataque a sua honra, em particular contra o estupro, a prostituição forçada ou qualquer forma de ataque indecente" (ROBERTS e GUELFF, 2000, p. 310). Ver também Arne Johan Vetlesen (2005, pp. 212-13).
4. Procurador vs Jean-Paul Akayesu (1998) proporciona uma definição clara e progressista de estupro, quando antes não havia nenhuma nos instrumentos do Direito Internacional. O caso estabeleceu também que o estupro pode ser processado como um componente de genocídio se cometido com a intenção de destruir um grupo visado. Em suas conclusões, a Seção de Julgamento definiu estupro como "uma invasão física de natureza sexual, cometida sobre uma pessoa em circunstâncias que sejam coercitivas". A Seção declarou também que "o estupro é uma forma de agressão e que os elementos centrais do crime de estupro não podem ser captados numa descrição mecânica de objetos e partes do corpo. Essa abordagem é mais útil no Direito Internacional". (TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, 138).
5. Ver artigos 1, 2, 4 e 5 da Convenção da ONU Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Ver também P. R. Ghandi (2000, p. 109).
6. Essa questão é crucial, pois, por exemplo, o estupro precisa ser ligado a um crime internacional já estabelecido para poder ser processado conforme os estatutos dos atuais tribunais penais internacionais (TPII e TPIR) e o recentemente criado Tribunal Penal Internacional.
7. A Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) sustentou que o estupro constitui uma violação da autonomia sexual de um indivíduo. Mais sobre isso adiante (TPII, Prosecutor vs Dragoljub Kunarac, 2001, 208).
8. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998.
9. Foca, cidade do sudeste da Bósnia-Herzegovina, depois rebatizada de Srbinje, foi o local de um dos crimes contra civis mais hediondos; as mulheres foram submetidas a um regime brutal de estupro, tortura e escravidão por grupos de soldados, policiais e membros de grupos paramilitares sérvios da Bósnia depois da tomada da cidade em abril de 1992 (HUMAN RIGHTS WATCH, 2002).
10. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, pp. 165-66.
11. A obra seminal de Raphael Lemkin em que o termo "genocídio" aparece é *Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (1944).
12. Havia e continua a haver uma preocupação com a listagem limitada na Convenção sobre Genocídio de grupos que podem ser alvo. A exclusão de grupos "políticos" é um exemplo disso. Houve também pedidos para considerar a categoria "mulher" um grupo que pode sofrer genocídio. Para mais detalhes sobre essas questões, ver Lisa Sharlach (2000).
13. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, 731.
14. Os aspectos punitivos do estupro durante a guerra também podem ser interpretados como uma tentativa de emascular os soldados da defesa e, finalmente, subjugar o "inimigo".
15. Num processo de estupro, é o Procurador que encara o acusado. É também a história da vítima individual que é considerada. Além disso, e se for apropriado, é a vítima individual que testemunha perante o tribunal.
16. Por exemplo, o preâmbulo da Convenção para Prevenção e Punição do Genocídio (1948) diz: "Reconhecendo que em todos os períodos da história o genocídio infligiu grandes perdas à humanidade; e estando convencidos de que, para libertar a humanidade de tão odioso flagelo, é necessária a cooperação internacional" (GHANDI, 2000, p. 19).
17. A noção de genocídio utilizada neste artigo não se confinou exclusivamente ao século XX.
18. Green utiliza os termos "dano duplo" em conexão com "mutilação e violência física" (GREEN, 2002, p. 733-76). Essa lista de danos também se relaciona com o estupro que não acontece em público, ou em tempos de conflito armado. É a possibilidade de uma amplificação do dano, devido a estupros perpetrados em público, que pode se desenvolver. Em relação a estupro e dano, ver também Archard (2007, pp. 374-93), Fein (1999, pp. 43-63) e Jones (2000, pp. 185-211).

19. Essa lista é tirada de Green (2002). Ver também Mary R. Fabri (1999).

20. Por exemplo, durante o genocídio em Ruanda, muitas mulheres foram estupradas por grupos de homens (GREEN, 2002).

21. Como as histórias de outras sobreviventes demonstram: "Fatuma achou que devido ao estupro, havia perdido o respeito dos membros de sua comunidade. As participantes enfatizaram que seu estupro público foi o ato máximo de humilhação. Furaha contou: 'O chefe da milícia que me pegou disse que todos que queriam ver como as mulheres tutsi são doces poderiam provar delas'" (MUKUMANA e COLLINS, 2006, p. 156).

22. O objetivo desta seção não é apresentar ou resolver todas as variadas posições do discurso de direitos humanos relacionadas com "quem é o detentor dos direitos: o indivíduo, o indivíduo enquanto membro de um grupo, ou o grupo como um todo?". A posição adotada neste artigo é a de que os direitos humanos são direitos individuais, mas que o grupo, baseado em fatores como raça, etnia e gênero, também desempenha um papel importante.

23. Como observa Jack Donnelly, em referência aos direitos da minoria: "Eu não estou, deixem-me repetir, contestando a ideia de direitos da minoria como já estão estabelecidos nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos (isto é, como direitos individuais que proporcionam proteções especiais para membros de grupos minoritários)" (DONNELLY, 2003, p. 37).

24. "Assimilação" é o termo usado para descrever o processo pelo qual um grupo de fora, imigrante ou subordinado (por exemplo, os aborígenes australianos) se torna integrado indistinguívelmente à hoste dominante ou à sociedade dos colonizadores.

25. Essa possibilidade foi articulada em relação a certos grupos minoritários (JACKSON-PREECE, 2003, p. 68). Em geral, a linha de investigação pode ser compreendida como uma tentativa de "distinguir entre, de um lado, direitos que dependem de um indivíduo pertencer a um grupo ou comunidade e, de outro, direitos individuais comuns a todos os seres humanos" (CASALS, 2006, p. 57).

26. Essa parte do argumento de Kymlicka relaciona-se com os direitos lingüísticos de minorias, no sentido de que um direito está vinculado a um membro individual de um grupo e ao grupo como um todo. No Canadá, como mostra seu exemplo, o direito dos *francophones* de usar o francês nos tribunais é exercido por indivíduos. O direito pode ter por alvo todo o grupo francófono,

mas é exercido por francófonos individuais. No Canadá, outros direitos, como os de pescar e caçar para povos indígenas, são concedidos a grupos (KYMICKA, 1997, p. 45-46). Kymlicka (1997, p. 46) insiste também que os canadenses franceses são uma minoria nacional, garantindo desse modo que lhes podem caber direitos de grupo diferenciados. Embora os direitos lingüísticos e culturais não estejam diretamente ligados ao estupro e ao estupro como genocídio, é a essência da tese de Kymlicka, que tenta estabelecer uma ponte entre o indivíduo e o grupo, que é pertinente para este artigo.

27. TPII, Prosecutor vs Dragoljub Kunarac (et al.), 2001.

28. Como afirma Catherine A. Mackinnon (2006, p. 941): "A força ab-rosa a autonomia assim como a negação da autodeterminação é coercitiva".

29. Para mais detalhes sobre esse tema, ver Peter Jones (1994, pp. 67-71).

30. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, pp. 165-66. Deve-se observar que, no julgamento de Akayesu, o estupro e outras violências sexuais dentro dos parâmetros do genocídio foram "definidos por qualquer coisa que causa grave dano corporal ou mental". Isso devido ao modo como a Convenção sobre Genocídio (1948) foi formulada.

31. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, p. 731.

32. Essa referência relaciona-se com: "A devastação que resulta do estupro faz dele um instrumento particularmente eficaz de genocídio porque destrói o moral de uma mulher, de sua família e talvez de toda a comunidade". (SHARLACH, 2000, p. 91).

33. TPIR, Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu, 1998, p. 731.

34. Os procuradores, segundo Kuo (2002, p. 5) estavam "dispostos a sair e dizer que o estupro por si mesmo pode ser um crime de guerra [...] mesmo um ato único de estupro pode ser um crime contra a humanidade se ocorrer no contexto de um ataque disseminado ou sistemático". Em consequência, Foca tornou-se o primeiro caso de tribunal que tratou somente de crimes de guerra de natureza sexual (KUO, 2002, p. 305).

35 A inspiração para o termo "individualidade" em conjunção com genocídio vem de uma frase de Leo Kuper: "Como crime contra uma coletividade, ele [genocídio] deixa de lado toda a questão da responsabilidade individual; é uma negação da individualidade" (KUPER, 1981, p. 86).

ABSTRACT

This article identifies and analyses some of the theoretical implications of rape being subsumed within the international crime of genocide and argues that such an analysis is essential for creating a clearer framework to address rape. Genocide is defined as a violation committed against particular groups. In contrast, rape is conceptualised as a violation of an individual's sexual autonomy. As such, can rape be understood as a violation of an individual's sexual autonomy be compatible with rape being subsumed within the category of a group violation such as genocide? A key conclusion of this article is that if conceptual space can be created within the crime of genocide to include both the individual and the group, then rape (when categorised as genocide) can operate both as a violation against the group and as a violation against the individual. However, the space allotted to each of the individual and the group can never be equal; the group will always need to occupy the majority of the space, because the central motivation for viewing genocide as a crime is the survival of human groups. When rape is subsumed within genocide, which is conceived, placed and treated as a crime against enumerated groups, its dynamic changes. Rape is no longer simply a violation of an individual. Rape becomes part of a notion developed to protect the group.

KEYWORDS

Rape – Genocide. Group Violation – Individual's Sexual Autonomy.

RESUMEN

Este artículo identifica y analiza algunas de las implicancias teóricas de subsumir el delito de violación en el crimen de genocidio y sostiene que este análisis es esencial para la creación de un marco más claro a fin de hacer frente a tal delito. El genocidio se define como una violación cometida en contra de determinados grupos. En cambio, el delito de violación es concebido como un atentado contra la autonomía sexual de una persona. Como tal, ¿puede el delito de violación, entendido como un ataque a la autonomía sexual de un individuo, ser compatible con el delito de violación subsumido dentro de la categoría de violaciones de derechos que afectan a un grupo como el genocidio? Una conclusión clave de este artículo es que si, dentro del espacio conceptual puede considerarse al delito de genocidio incluyendo tanto al individuo como al grupo, entonces, el delito de violación (tipificado como genocidio), puede funcionar tanto como una violación contra el grupo y como una contra el individuo. Sin embargo, el espacio asignado al individuo y al grupo nunca puede ser igual. El grupo siempre necesita ocupar la mayoría del espacio ya que la motivación central para considerar al genocidio como un crimen es la supervivencia de los grupos humanos. Cuando el delito de violación es subsumido en el de genocidio, el cual está concebido como un crimen contra determinados grupos, su dinámica cambia. El delito de violación ya no es simplemente la afectación a una persona sino que deviene como parte de un concepto desarrollado para proteger al grupo.

PALABRAS CLAVE

Violación – Genocidio – Violación Colectiva – Autonomía Sexual del Individuo.